

VU Research Portal

De tweede volzin van art. 359 lid 2 Sv

Borgers, M.J.

published in

Ars aequi

2006

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J. (2006). De tweede volzin van art. 359 lid 2 Sv. *Ars aequi*, 745-754.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

De tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv

Prof.mr. M.J. Borgers

HR 11 april 2006, LJN: AU9130, NJ 2006, 393 (Bleichrodt, Van Dorst, De Savornin Lohman, De Hullu en Thomassen; A-G Knigge)

Inleiding

In het strafrecht wordt, evenals in andere rechtsgebieden, veel waarde gehecht aan een goede motivering van rechterlijke uitspraken. Rechterlijke beslissingen kunnen immers ingrijpende gevolgen hebben voor burgers. Iemand die wegens een strafbaar feit wordt veroordeeld en zich geconfronteerd ziet met een vermogens- of vrijheidssanctie, mag ten minste verwachten dat de rechter uitlegt op welke gronden hij tot dat oordeel is gekomen. Dat geldt te meer indien de verdachte zich verzet door het aanvoeren van gemotiveerde verweren. Naast uitleg aan de betrokkene zelf draagt motivering ook andere nuttige functies in zich. Zo wordt in de literatuur gewezen op de uitleg van de rechterlijke beslissing aan de maatschappij, de controle die de rechter op zichzelf toepast doordat hij zijn beslissing nauwkeurig onder woorden brengt, alsmede de controle door de appel- en cassatierechter die door de motivering wordt vergemakkelijkt.¹ Ook al kan op onderdelen best een relativerende kanttekening bij het belang van motivering worden geplaatst – bijvoorbeeld omdat het maar de vraag is of rechterlijke uitspraken wel in alle opzichten begrijpelijk zijn voor burgers –² het belang van een goede motivering wordt door juristen onverminderd hoog aangeslagen.³ Niettemin zijn in de praktijk motiveringen soms kort of bestaan deze (gedeeltelijk) uit vaste, niet of nauwelijks op de concrete zaak toegesneden tekstblokken. De grote hoeveelheid uitspraken die wordt gewezen, in combinatie met de hoge werkdruk binnen de rechterlijke macht, is daaraan mede debet.

In het wetboek van strafvordering is de motivering van uitspraken hoofdzakelijk vastgelegd in artikel 358 en 359 Sv. Grofweg komt het erop neer

dat artikel 358 Sv bepaalt welke beslissingen de uitspraak moet bevatten. Artikel 359 Sv geeft vervolgens de bijbehorende motiveringsplichten. De meest algemene betreft die van artikel 359 lid 2 (eerste volzin) Sv, op grond waarvan een hele reeks beslissingen met redenen moet worden omkleed.⁴ Daarnaast bevatten de leden 3 tot en met 7 van artikel 359 Sv specifieke motiveringsvoorschriften voor daartoe aangewezen situaties, bijvoorbeeld de oplegging van een vrijheidsontnemende sanctie. Ook zijn in de rechtspraak in aanvulling op het wettelijk stelsel motiveringsplichten ontwikkeld. Het gaat daarbij in hoofdzaak om de verwerping van verweren die op het bewijs betrekking hebben, en om verweren die verband houden met de sanctiebeslissing.⁵

Met ingang van 1 januari 2005 heeft dit stelsel van motiveringsplichten een relatief kleine, maar ingrijpende wijziging ondergaan. Op die datum is aan artikel 359 lid 2 Sv een tweede volzin toegevoegd,⁶ die als volgt luidt:

Het vonnis geeft, indien de beslissing afwijkt van door de verdachte dan wel door de officier van justitie uitdrukkelijk onderbouwde standpunten, in het bijzonder de redenen op die daartoe hebben geleid.

In de literatuur is veel gediscussieerd over de precieze betekenis van deze tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv.⁷ Het betreft hier immers een voorschrift met een potentieel verstrekkende betekenis.⁸ De verdachte (en zijn raadsman) en de officier van justitie plegen in een strafproces niet zo maar allerlei beweringen te doen, maar laten hun stellingen – als het goed is – met argumenten gepaard gaan. In elk strafproces kunnen dan ook allerlei

1 Zie over deze functies onder andere C.M. Pelser, aant. 3.5-3.6 op art. 358-359 (suppl. 119, december 2000), in: A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Het wetboek van strafvordering*, Deventer: Kluwer (losbl.), en G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 619-622. Ook het EHRM benadrukt het belang van een goede motivering, overigens zonder daartoe al te strenge eisen te stellen. Vgl. bijvoorbeeld EHRM 6 september 2005, nr. 65518/01, NJCM 2006, p. 696-707, m.nt. F.G.H. Kristen (Salov/Oekraïne), r.o. 89.

2 Vgl. Y. Buruma, 'Motiveren: waarom?', in: A. Harteveld e.a. (red.), *Systeem in ontwikkeling* (Knigge-bundel), Nijmegen: WLP 2005, p. 71-87, en M. Malsch e.a., 'Van kop tot staart', NJB 2006, p. 365-368.

3 Dat belang wordt ook onderstreept door het gegeven dat de motiveringsplicht in (art. 121 van) de Grondwet is opgenomen.

4 Art. 359 lid 2 Sv verwijst daarbij naar de beslissingen vermeld in art. 349 lid 1 en 358 leden 2 en 3 Sv.

5 Zie daarover, met nadere verwijzingen, Corstens 2005, p. 687-692, 709-712.

6 Wet van 10 november 2004, Stb. 580. Tengevolge van deze wet moet thans ook de vordering van de officier van justitie in het vonnis worden vermeld (art. 359 lid 1 Sv).

7 Zie voor een overzicht van deze literatuur de conclusie van A-G Machielse voor HR 16 mei 2005, LJN: AU8266, onder 6.

8 Vgl. M.S. Groenhuijsen, 'Over toeval in het wetgevingsdebat over strafprocesrecht: de uitbouw van een contradictoire gedingstructuur in strafzaken', DD 2005, p. 357-359.

‘uitdrukkelijk onderbouwde standpunten’ worden ingenomen, waardoor de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv tot een hele reeks (aanvullende) motiveringsplichten leidt voor de toch al druk bezette rechter. Of dat ook daadwerkelijk met het nieuwe voorschrift is beoogd, is echter lastig aan te geven. De wetsgeschiedenis van de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv is summier en onduidelijk. In de literatuur is betoogd zowel dat deze tweede volzin in essentie een codificatie is van reeds bestaande motiveringsplichten, als dat dit voorschrift nieuwe, aanvullende en verdergaande motiveringsplichten in het leven roept. In de hier besproken uitspraak – en overigens in nog een aantal andere uitspraken⁹ – wijdt de Hoge Raad een uitvoerige beschouwing aan deze kwestie.

De overwegingen van de Hoge Raad

3. Aan de beoordeling van de middelen voorafgaande beschouwingen

Het wettelijk kader

3.1. In de onderhavige zaak gaat het om de reikwijdte van het tweede lid van art. 359 Sv, zoals gewijzigd bij de op 1 januari 2005 in werking getreden Wet van 10 november 2004, Stb. 580 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering strekkende tot aanpassing van de eisen te stellen aan de motivering van de bewezenverklaring bij een bekende verdachte (hierna: de Wet bekende verdachte).

(...) ¹⁰

Reikwijdte van het nieuwe art. 359, tweede lid, Sv

3.4. De geschiedenis van de totstandkoming van de Wet bekende verdachte zou – mede gelet op het destijds bestaande, hiervoor onder 3.2 weergegeven wettelijk systeem – steun kunnen geven aan de opvatting dat de wijziging van art. 359, tweede lid, Sv slechts op twee doeleinden was gericht, te weten:

a. codificatie van de motiveringsvoorschriften die de Hoge Raad reeds in zijn jurisprudentie had ontwikkeld, zulks in aansluiting op de wettelijke voorschriften van art. 359, tweede lid, in verbinding met art. 358, derde lid, Sv inzake onder meer strafuitsluitingsgronden, alsmede op art. 360, eerste lid, Sv inzake de betrouwbaarheid van de daar genoemde bewijsmiddelen. Op grond van die jurisprudentie was de feitenrechter al gehouden uitdrukkelijk en gemotiveerd te beslissen omtrent een aantal bewijsverweren.

b. het – in geval van afwijking van de vordering ten aanzien van de bewezenverklaring en de op te leggen straf en/of maatregel – verschaffen van aanspraak aan het openbaar ministerie op een gemotiveerde beslissing omtrent

dienaangaande naar voren gebrachte ‘uitdrukkelijk onderbouwde’ standpunten. Die aanspraak zou vergelijkbaar zijn met de aanspraak die de verdachte in geval van veroordeling aan art. 358, derde lid, in verbinding met art. 359, tweede lid, Sv kan ontlenen op een uitdrukkelijke en met redenen omklede beslissing omtrent verweren als in eerstgenoemde bepaling bedoeld.

3.5. Nochtans moet op grond van de bewoordingen van art. 359, tweede lid, Sv, waarop degenen die bij een strafproces zijn betrokken moeten kunnen afgaan, alsmede op grond van opmerkingen in het verdere verloop van het wetgevingsproces worden aangenomen dat ook andere dan de hiervoor bedoelde betogen nopen tot motivering indien zij niet worden aanvaard. In die opmerkingen wordt onder meer gewezen op de belangen van de procesdeelnemers en de samenleving bij inzicht in de motivering van strafvonnissen alsmede op het belang van zelfcontrole door de rechter en controle door de hogere rechter van de oordeelsvorming van de lagere rechter. (vgl. Kamerstukken II 2003-2004, 29 271, nr. 1, blz. 10, alsmede 29 255, nr. 3, blz. 1 en nr. 8)

3.6. Het systeem van de wet komt na de invoering van het huidige art. 359, tweede lid, Sv op het volgende neer. Omtrent de verwerping van een verweer met betrekking tot de zogenoemde voorvragen van art. 348 Sv en de kwalificatie van het bewezenverklaarde alsmede omtrent een beroep op een wettelijke strafvermindering- of strafuitsluitingsgrond moet op grond van art. 358, derde lid, Sv in het vonnis uitdrukkelijk worden beslist. Die beslissing moest ook voorheen reeds – op grond van art. 359, tweede lid (oud), Sv – zijn gemotiveerd. Nu is daar bij gekomen dat indien het openbaar ministerie ter zake van die onderwerpen (de voorvragen, de kwalificatie en de strafbaarheid van feit en dader) ‘uitdrukkelijk onderbouwde standpunten’ heeft ingenomen en de rechter daarvan afwijkt, de beslissing dienaangaande nader moet zijn gemotiveerd. Voorts moeten nu ook de bewijsbeslissing en de beslissing over de oplegging van straf en/of maatregel nader worden gemotiveerd, indien de rechter daarbij afwijkt van door of namens de verdachte dan wel door het openbaar ministerie ‘uitdrukkelijk onderbouwde standpunten’. Opmerking verdient dat het hier gaat om een ‘nadere’ motivering, omdat voorheen en nu op grond van de voorschriften van de art. 359, tweede lid (oud, respectievelijk nieuw eerste zin), alsmede het derde, vierde, vijfde, zesde, zevende (nieuw) en achtste (oud) lid en 359a, derde lid, Sv reeds algemene motiveringseisen golden onderscheidenlijk gelden.

‘Uitdrukkelijk onderbouwde standpunten’

3.7.1. De wet noch de wetsgeschiedenis geeft uitsluitend over wat verstaan moet worden onder ‘uitdrukkelijk onderbouwde standpunten’ noch hoe dit begrip zich – wat betreft de verdachte – verhoudt tot de term verweer. Op grond van de door de wetgever gebezigde woorden ‘uitdrukkelijk onderbouwde standpunten’ moet evenwel

⁹ Zie HR 18 april 2006, LJN: AU8913, HR 18 april 2006, LJN: AU8914, N/2006, 395, HR 18 april 2006, LJN: AU8915, HR 16 mei 2006, LJN: AU8266, HR 16 mei 2006, LJN: AU8917, en HR 16 mei 2006, LJN: AU8920.

¹⁰ Weggelaten zijn hier de tekst van art. 349, 350, 358, 359 (oud en nieuw) en 360 lid 1 Sv, alsmede de verwijzing naar het in hoger beroep toepasselijke art. 415 Sv.

worden aangenomen dat niet ieder ter terechtzitting ingenomen standpunt bij niet-aanvaarding noopt tot een nadere motivering. Tevens moet op grond van die bewoordingen worden aangenomen dat de verdachte of zijn raadsman dan wel het openbaar ministerie, wil het ingenomen standpunt de – uiteindelijk in cassatie te toetsen – verplichting tot beantwoording scheppen, zijn standpunt duidelijk, door argumenten geschraagd en voorzien van een ondubbelzinnige conclusie ten overstaan van de feitenrechter naar voren dient te brengen. In dat opzicht gelden overeenkomstige eisen als worden gesteld aan een beroep op schending van een vormvoorschrift in de zin van art. 359a Sv (vgl. HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376).

3.7.2. Bij het vorenstaande moet worden aangetekend dat het proces-verbaal van de terechtzitting en de naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting gewezen uitspraak de enige kenbronnen zijn van hetgeen op die zitting is aangevoerd. Wat betreft de verweren in de zin van art. 358, derde lid, Sv geldt volgens vaste rechtspraak dat de raadsman die daaromtrent een uitdrukkelijke beslissing door de rechter verlangt, ervoor moet zorgen dat het verweer schriftelijk wordt vastgelegd. Dat kan hij doen door een pleitnota over te leggen waarin het onderbouwde verweer is weergegeven, dan wel overeenkomstig art. 326, vierde lid, Sv te verzoeken dat het gevoerde verweer en de gronden waarop het berust, in het proces-verbaal van de terechtzitting worden aangetekend (bijv. HR 22 april 1997, NJ 1998, 52). Ook op dit punt bestaat geen goede grond anders te oordelen ten aanzien van 'uitdrukkelijk onderbouwde standpunten' in de zin van art. 359, tweede lid, Sv en een beroep op art. 359a Sv. Dat brengt mee dat de raadsman onderscheidenlijk de vertegenwoordiger van het openbaar ministerie die meent dat zijn standpunt van zodanige aard is dat de rechter die daarvan afwijkt, in het bijzonder de redenen dient op te geven die daartoe hebben geleid, dient te bewerkstelligen dat zijn standpunt schriftelijk komt vast te liggen. Aldus bevordert hij dat die motivering niet achterwege blijft. Het vorenstaande komt erop neer dat indien voor de hogere rechter niet controleerbaar is wat in eerdere instantie is aangevoerd, niet met vrucht kan worden geklaagd over de niet-naleving van art. 359, tweede lid, Sv.

In dit verband verdient nog opmerking dat, zo de verdachte of het openbaar ministerie in cassatie klaagt over schending van art. 359, tweede lid, Sv, in het cassatiemiddel met voldoende precisie moet worden aangeduid op welk met argumenten onderbouwd standpunt de klacht het oog heeft.

Omvang van de motiveringsplicht

3.8.1. Het nieuwe art. 359, tweede lid, Sv brengt geen wijziging in de vrijheid van de rechter die over de feiten oordeelt, ten aanzien van de selectie en waardering van het beschikbare bewijsmateriaal alsmede de keuze en weging van de factoren die van belang zijn voor de oplegging van de straf en/of de maatregel. Wel brengt die bepaling mee dat hij zijn beslissing dienaangaande in een aantal gevallen nader zal dienen te motiveren. Omtrent de gevallen en de mate waarin een beslissing nader dient te worden gemotiveerd, zijn wegens de vele, uiteenlopende situaties die zich kunnen voordoen, geen algemene regels te geven.

In dat verband zal betekenis toekomen aan onder meer de aard van het aan de orde gestelde onderwerp alsmede de inhoud en indringendheid van de aangevoerde argumenten.

3.8.2. De nadere motivering dient in te houden dat het naar voren gebrachte doch door de rechter niet aanvaarde standpunt in de uitspraak beargumenteerd wordt weerlegd. Dit neemt niet weg

- (i) dat zich het geval kan voordoen dat de uitspraak voldoende gegevens bevat, bijvoorbeeld in de gebezigde, voor de verwerping van het standpunt relevante bewijsmiddelen en/of in een aanvullende bewijsmotivering, waarin die nadere motivering besloten ligt;
- (ii) dat ingeval een uitdrukkelijke weerlegging ontbreekt, dit – mede in het licht van het verhandelde ter terechtzitting, waaronder begrepen hetgeen door of namens de verdachte en het openbaar ministerie over en weer naar voren is gebracht – geen afbreuk behoeft te doen aan de toereikendheid en begrijpelijkheid van de motivering van de uitspraak;
- (iii) dat indien de rechter heeft verzuimd een nadere motivering in zijn uitspraak op te nemen, dit verzuim van zo ongeschikte betekenis kan zijn dat het niet tot nietigheid leidt.

3.8.3. Bij het voorgaande past de kanttekening dat in het geval dat wordt volstaan met een verkorte uitspraak in de zin van art. 365a, eerste lid, Sv, de vereiste nadere motivering daarin behoort te worden opgenomen. Dit is evenwel anders indien het 'uitdrukkelijk onderbouwde standpunt' betrekking heeft op de bewijsbeslissing, waaronder mede begrepen de bewijsvoering. De weerlegging daarvan mag worden opgenomen in de aanvulling als bedoeld in art. 365a, tweede lid, Sv (vgl. HR 18 april 2000, NJ 2001, 352).

- 3.8.4. Uit het vorenoverwogene volgt ten aanzien van de motiveringsplicht van art. 359, tweede lid, Sv onder meer
 - a. dat de motiveringsplicht slechts geldt bij de niet-aanvaarding van een ter terechtzitting ingenomen en 'uitdrukkelijk onderbouwd standpunt';
 - b. dat de motiveringsplicht niet geldt indien in de einduitspraak niet wezenlijk wordt afgeweken van zo een standpunt. Dat kan zich voordoen in het geval van een afwijking van de eis van het openbaar ministerie of het standpunt van de verdediging ter zake van de strafoplegging, welke afwijking van beperkt belang is;
 - c. dat de omvang van de motiveringsplicht afhankelijk is van de aard van het onderwerp en de mate waarin wordt afgeweken van het ingenomen standpunt. Zo kan bij afwijking van een 'uitdrukkelijk onderbouwd standpunt' van het openbaar ministerie of van de verdediging met betrekking tot de bewijsbeslissing met een beperktere motivering worden volstaan indien de afwijking slechts een onderdeel en niet de gehele tenlastelegging betreft;
 - d. dat de motiveringsplicht niet zo ver gaat dat bij de niet-aanvaarding van een 'uitdrukkelijk onderbouwd standpunt' op ieder detail van de argumentatie moet worden ingegaan.

NOOT

De overwegingen van de Hoge Raad zijn dermate uitvoerig dat deze zelf niet veel toelichting behoeven. Wat het arrest vooral interessant maakt, zijn de argumenten, vragen en problemen die achter de overwegingen van de Hoge Raad schuil gaan. Achtereenvolgens ga ik in op de keuze van de Hoge Raad voor een ruime uitleg van de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv (1), de inpassing van dat voorschrift in het bestaande systeem van motiveringsplichten (2), het vereiste van een uitdrukkelijke onderbouwing (3), en de eisen die worden gesteld aan de rechterlijke motivering (4).

1 In de inleiding is er al terloops op gewezen dat de wetsgeschiedenis summier is. Dat heeft veel te maken met de wijze waarop de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv in het wetboek van strafvordering terecht is gekomen. Kort gezegd, komt het erop neer dat het voorschrift in twee afzonderlijke wetsvoorstellen in drie verschillende formuleringen bij amendement is voorgesteld.¹¹ Aanvankelijk zag het voorstel daarbij op (onder andere) het afwijken door de rechter van 'dragende onderdelen in het requisitoir' van de officier van justitie, daarna heeft het in bredere zin betrekking gekregen op 'uitdrukkelijk onderbouwde standpunten' van zowel de verdachte als de officier van justitie. De wisseling in formulering van de nieuwe motiveringsplicht in combinatie met de betrekkelijk korte toelichtingen op de amendementen en de compacte discussies daarover in het parlement, maken het lastig om te duiden wat nu precies wordt beoogd met de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv. Blijkens de toelichting van de indieners van het uiteindelijk aanvaarde amendement wordt in drieërlei opzicht een uitgebreidere motivering van beslissingen door de rechter nodig geacht.¹² Allereerst '(...) moet een rechterlijke uitspraak in het licht van de discussie ter terechtzitting inzicht geven in de redenen die hebben geleid tot de aard en hoog-

te van de opgelegde straf of maatregel'.¹³ Ten tweede moet de rechter ingeval van een vrijspraak in de uitspraak aangeven waarom hij '(...) het bewijs niet voldoende wettig en overtuigend acht.' Ten derde geven de indieners meer in het algemeen aan dat een contradictoire strafprocedure vereist dat '(...) de door de verdediging en/of door de officier van justitie ingenomen en onderbouwde standpunten expliciet moeten worden besproken in het vonnis als ze niet worden gevolgd'.¹⁴ Tot die standpunten rekenen de indieners onder andere de gemotiveerde strafeis van de officier van justitie.¹⁵ Maar welke andere uitdrukkelijk onderbouwde standpunten daar ook onder kunnen vallen, wordt niet duidelijk gemaakt in de toelichting. En juist daarin schuilt het problematische karakter van de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv: er lijkt een vrijwel ongelimiteerde motiveringsplicht te worden toegevoegd aan een – tot dan toe – overwegend gesloten stelsel van specifieke wettelijke en jurisprudentiële motiveringsplichten, zonder dat er blijk van wordt gegeven dat die verruiming ook daadwerkelijk wordt nagestreefd en zonder dat de consequenties daarvan – in het bijzonder voor wat betreft de toename in werklust van de zittende magistratuur – expliciet worden onderkend en aanvaard.

De summier en onduidelijke wetsgeschiedenis maakt het mogelijk dat op grond van diezelfde wetsgeschiedenis zowel een ruime als een beperkte uitleg wordt gegeven aan de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv. Dat wordt fraai geïllustreerd door de conclusies die door drie advocaten-generaal – Machielsse, Vellinga en Knigge – zijn genomen in zaken waarin de betekenis van deze tweede volzin aan de orde is. A-G Machielsse concludeert op basis van de wetsgeschiedenis dat, waar het gaat om bewijsverweren,¹⁶ er feitelijk sprake is van een codificatie van de rechtspraak van de Hoge Raad, zodat de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv niet méér behelst dan de vastlegging van de reeds in de jurisprudentie ontwikkelde motiveringsplichten.

11 *Kamerstukken II* 2003/04, 28 484, nr. 17, en *Kamerstukken II* 2003/04, 29 255, nr. 7 en nr. 8.

12 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 255, nr. 8.

13 In een voorloper van het hier besproken amendement werd daarbij nog expliciet gerefereerd aan de strafvorderingsrichtlijnen van het openbaar ministerie, maar dat stuitte op bezwaren van de minister. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 28 484, nr. 17, en *Kamerstukken II* 2003/04, 28 484, nr. 34, p. 34-35 (wetgevingsoverleg).

14 De toelichting refereert daarbij aan het uitgangspunt van een contradictoair geding, zoals dat ten grondslag ligt aan de voorstellen van de projectgroep *Strafvordering 2001*. Dat uitgangspunt houdt in dat de rechter – binnen zekere grenzen – zich concentreert op hetgeen de partijen – het Openbaar Ministerie en de verdachte – verdeeld houdt. Zie bijvoorbeeld M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, 'Afronding en verantwoording, Algemeen deel', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject*

Strafvordering 2001, Deventer: Kluwer 2004, p. 104, en specifiek ten aanzien van (bewijs)verweren J.B.H.M. Simmelink, 'Bewijsrecht en bewijsmotivering', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Groningen 1999, p. 448-451. Vgl. voorts de conclusie van A-G Knigge voor het hier besproken arrest. In de voorstellen van de projectgroep is echter een wijziging van art. 359 Sv zoals thans is aangenomen, niet aan de orde. Vgl. ook de bespreking van het eindrapport door A.J.A. van Dorst, *Tiema* 2005, p. 79.

15 Dientengevolge moet de rechter niet alleen motiveren indien hij boven die eis uitgaat, maar ook indien hij daaronder blijft. Het amendement heeft tevens geleid tot de schrapping van de bepaling van art. 359 lid 7 Sv (oud), dat een bijzondere motiveringsplicht bevatte voor het geval de rechter een zwaardere straf oplegde dan door de officier van justitie was geëist.

16 Daartoe beperkt A-G Machielsse zich in zijn conclusie voor HR 16 mei 2006, LJN: AU8266.

De meerwaarde van het nieuwe voorschrift schuilt er slechts in dat de rechter niet alleen is gehouden te responderen op verweren die door of namens de verdachte naar voren worden gebracht, maar ook op de (uitdrukkelijk onderbouwde) standpunten van de officier van justitie. A-G Vellinga wijst ook op de mogelijkheid van deze interpretatie, maar zijn analyse van de wetsgeschiedenis komt er niettemin op neer dat er sprake is van méér dan 'een consolidatie (...) van de bestaande rechtspraak'.¹⁷ Zowel Machielse als Vellinga onderstrepen daarbij dat de wetsgeschiedenis eigenlijk geen eenduidige conclusies toelaat en onderkennen dat bij hun interpretatie van de wetsgeschiedenis ook andere argumenten – zoals de inpassing van de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv in het bestaande systeem en de praktische haalbaarheid van nadere motivering – een rol spelen. Deze laatste gedachte voert de boventoon in de conclusie van A-G Knigge voor het hier besproken arrest. Hij analyseert de wetsgeschiedenis minutieus en komt daarbij tot de slotsom dat de wetsgeschiedenis niet eenduidig is en dat het er maar van af hangt welke passages men benadrukt, tot welke conclusie men komt. Ook voor Knigge zijn juist andere dan wets-historische argumenten doorslaggevend voor de betekenis die men aan de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv toekent.

De Hoge Raad geeft openlijk aan – en dat ziet men niet zo vaak in de rechtspraak van de Hoge Raad¹⁸ – dat de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv in het licht van de wetsgeschiedenis voor meerderlei uitleg vatbaar is. De wetsgeschiedenis zou steun kunnen bieden, zo stelt de Hoge Raad, aan de beperkte uitleg die A-G Machielse geeft aan de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv (r.o. 3.4). De Hoge Raad komt in r.o. 3.5 niettemin tot een andere slotsom. Het eerste argument daarvoor is gelegen in de bewoordingen van de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv. Kennelijk doelt de Hoge Raad dan op het feit dat naar de letter van de wet de verwerping van *elk* uitdrukkelijk onderbouwd standpunt gemotiveerd dient te geschieden. Een dergelijk verstrekende plicht was in de rechtspraak niet aanvaard,¹⁹ zodat om die reden de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv niet louter als codificatie van rechtspraak kan worden gezien. Daarnaast voert de Hoge Raad een wetshistorisch argument

aan, door te verwijzen naar – of beter gezegd: door de nadruk te leggen op – de passages in de parlementaire stukken waarin wordt gewezen op de functies van motivering – uitleg aan de procesdeelnemers en de maatschappij, zelfcontrole door de rechter en controle door de hogere rechter. Een ruime uitleg van de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv doet vanzelfsprekend meer recht aan de verwezenlijking van deze functies dan een beperkte.

In het licht van het dubbelzinnige karakter van de wetsgeschiedenis vind ik het minder zuiver dat de Hoge Raad stelt dat een ruime uitleg van de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv moet worden aangenomen (r.o. 3.5). Dat klinkt erg dwingend, terwijl ook de Hoge Raad een keuze maakt uit het pallet van mogelijkheden die de wetsgeschiedenis biedt. Weliswaar ondersteunt de Hoge Raad deze keuze met een grammaticaal argument, maar in de rechtspraak staat grammaticale interpretatie zelden op zichzelf, en pleegt de betekenis van de tekst van de wet in het licht van de wetsgeschiedenis te worden uitgelegd. Met deze kanttekening wil ik overigens geen kritiek leveren op de slotsom waar de Hoge Raad toe komt. De keuze voor een ruime uitleg is, zeker gelet op het belang dat pleegt te worden toegekend aan de functies van motivering, alleszins gerechtvaardigd. De Hoge Raad had echter op grond van de wetsgeschiedenis – in de lijn van A-G Machielse – ook tot een beperktere uitleg kunnen komen.²⁰ Al met al is dan vooral relevant wat de *achterliggende* redenen voor de Hoge Raad zijn geweest om tot een ruime uitleg te komen. Opmerkelijk is dat die redenen eigenlijk niet worden geëxpliciteerd. Uit het feit dat de Hoge Raad de nadruk legt op dat deel van de wetsgeschiedenis waarin de functies van motivering worden benadrukt, lijkt te moeten worden afgeleid dat ook de Hoge Raad veel gewicht toe wil kennen aan deze functies. Op de achtergrond speelt wellicht nog een rol – ik speculeer nu – dat de Hoge Raad in de introductie van de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv een goede aanleiding heeft gezien om de stap te zetten naar de aanvaarding van een algemene motiveringsplicht ten aanzien van (onder andere) verzoeken en verweren van de verdachte. In de rechtspraak van de laatste decennia kan een duidelijke ontwikkeling worden waargenomen, waarin

17 Zie de (vrijwel gelijklopende) conclusies voor HR 18 april 2006, LJN: AU8913, HR 18 april 2006, LJN: AU8914, NJ 2006, 395, HR 18 april 2006, LJN: AU8915, HR 16 mei 2006, LJN: AU8917, en HR 16 mei 2006, LJN: AU8920.

18 De Hoge Raad heeft naar mijn mening soms de neiging om de wetsgeschiedenis eenduidiger te presenteren dan deze feitelijk is. Vgl. M.J. Borgers, 'Wetshistorische interpretatie in de strafrechtspraak', in: M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen* (De Hullu-bundel), Nijmegen: WLP 2003, p. 51-69.

19 En wordt ook nu niet in alle opzichten aanvaard. Vgl. de be-

perkingen die in r.o. 3.8.1-3.8.4 worden aangebracht (zie daarover onder 4).

20 Daarbij had de Hoge Raad eveneens naar de wetsgeschiedenis kunnen verwijzen, bijvoorbeeld de volgende opmerking van één van de indieners van het amendement: 'Hiermee [de tweede volzin van art. 359 lid 2 Sv; MJB] wordt aangehaakt bij de bestaande praktijk van reageren op verweren van de verdediging. Die verplichting wordt nu ook opgelegd voor betogen van de officier van justitie.' Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 252/29 255, nr. 8, p. 7 (en voor soortgelijke opmerkingen ook p. 8).

de Hoge Raad enerzijds strenge eisen stelt aan de presentatie en de inkleding van verzoeken en verweren, en anderzijds bij het passeren daarvan een toelichting van de rechter vergt. Op die manier zijn er bijvoorbeeld diverse uitzonderingen geformuleerd op de hoofdregel dat verweren die de feiten betreffen, reeds worden weerlegd door de bewijsmiddelen, zodat de verwerping geen nadere motivering behoeft.²¹ Het jurisprudentiële stelsel van motiveringsplichten is daarmee zonder meer verrijkt, maar niet altijd even inzichtelijk. In dat opzicht spreekt de formulering van de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv aan, waarin slechts relevant is of er sprake is van een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt.

2 De Hoge Raad gaat in r.o. 3.6 tamelijk uitvoerig in op de inbedding van de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv in het wettelijk systeem. De Hoge Raad doet dat niet voor niets. De tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv neemt immers een enigszins atypische plaats in binnen het reeds bestaande stelsel van motiveringsplichten. De tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv is niet gekoppeld aan specifieke beslissingen, maar heeft zonder nadere afbakening betrekking op 'uitdrukkelijk onderbouwde standpunten'. Dat betekent enerzijds dat de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv tot een motiveringsplicht kan leiden in gevallen waarin die verplichting in het oude wettelijke stelsel niet bestond, maar anderzijds ook dat de tweede volzin overlapt met reeds bestaande motiveringsplichten. De Hoge Raad werkt dit verder uit en wijst twee situaties aan waarin de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv tot een nieuwe motiveringsplicht leidt.

Allereerst wijst de Hoge Raad erop dat in die gevallen waarin reeds een motiveringsplicht bestond ten aanzien van bepaalde verweren van de verdachte, er nu ook een motiveringsplicht geldt indien de officier van justitie met betrekking tot dezelfde onderwerpen – de voorvragen van artikel 348 Sv, de kwalificatie van het bewezenverklaarde als strafbaar feit en de strafbaarheid van feit en dader – een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt inneemt. Ten tweede wijst de Hoge Raad op uitdrukkelijk onderbouwde standpunten (van de verdachte en/of de officier van justitie) met betrekking tot de bewijsbeslissing en de oplegging van

een straf en/of maatregel. Omdat ten aanzien van deze beslissingen ten dele wel al – wettelijke en jurisprudentiële – motiveringsplichten bestonden, spreekt de Hoge Raad hier van een plicht tot 'nadere' motivering. Hoewel de Hoge Raad daar niets over zegt, komt het mij voor dat het woord 'nadere' hier twee betekenissen kan hebben, namelijk zowel 'complementair' als 'verdergaand'. Er is sprake van een 'complementaire' motiveringsplicht in die gevallen waarin onder het oude recht geen motiveringsplicht bestond. In dit verband kan worden gedacht aan een betrouwbaarheidsverweer. Voor een dergelijk verweer gold als hoofdregel dat dit niet gemotiveerd hoefde te worden verworpen.²² Een ander voorbeeld betreft een vrijspraak (in weerwil van het requisitoir van de officier van justitie).²³ Op grond van de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv geldt voor dergelijke standpunten nu wel een algemene motiveringsplicht, mits er sprake is van uitdrukkelijke onderbouwing. Ter volledigheid: dat betekent ook dat de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv niet voortbouwt op, maar in zekere zin los staat van de eerste volzin van dezelfde bepaling. De responsieplicht van de tweede volzin wordt immers niet beperkt tot de in de eerste volzin genoemde beslissingen. De wetssystematiek is er wat dat betreft door de introductie van de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv bepaald niet duidelijker op geworden.²⁴

Het is lastiger te beoordelen of de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv ook leidt tot een 'verdergaande' motiveringsplicht. Het gaat dan om de vraag of dit voorschrift ertoe dwingt dat in situaties waarvoor reeds een (wettelijke of jurisprudentiële) motiveringsplicht gold, thans een meer omvattende motivering wordt gegeven. Een voorbeeld betreft de situatie waarin de verdachte uitdrukkelijk onderbouwd naar voren brengt dat hij dient te worden vrijgesproken, maar de rechter tot een veroordeling komt. Geldt dan nog steeds de regel dat de bewijsmotivering uit niet meer dan de selectie van de bewijsmiddelen hoeft te bestaan,²⁵ of moet de rechter verdergaan en nader aangeven waarom hij tot een veroordeling is gekomen? Het antwoord op deze vraag hangt nauw samen met de inhoud van het ingenomen standpunt van de verdachte. Hoe specifieker hij zijn bezwaren naar voren brengt, hoe eerder de rechter is gehouden om ver-

21 Zie de gevallen genoemd in de noot van 't Hart onder HR 30 maart 1999, *NJ* 1999, 451, en voorts HR 23 mei 1995, *NJ* 1995, 683, m.nt. Sch, en HR 17 april 2001, *NJ* 2002, 107, m.nt. Sch.

22 Bijvoorbeeld HR 27 juni 2000, *NJ* 2000, 580. Zij het dat op die regel in de rechtspraak – en in zekere zin ook in de wet (vgl. art. 360 Sv) – al wel de nodige uitzonderingen waren geformuleerd. Zie voor een overzicht Corstens 2005, p. 690-692.

23 Zie G. Knigge, *Beslissen en motiveren*, Alphen aan de Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1980, p. 137-138. Vgl. voor de rechtspraak van de Hoge Raad sinds de afschaffing van art. 430 Sv: HR 4 mei

2004, *NJ* 2004, 480, en HR 26 oktober 2004, *NJ* 2004, 690. In deze rechtspraak benadrukt de Hoge Raad dat de feitenrechter een grote vrijheid heeft in de selectie en waardering van het bewijsmateriaal en dat, indien de rechter op grond van die selectie en waardering tot een vrijspraak komt, deze vrijspraak in principe geen motivering behoeft.

24 Vgl. vanuit een iets ander perspectief ook J.W. Fokkens, 'De wijziging van art. 359 lid 2 Sv: een stap op weg naar een contradictoir strafproces', in: A. Harteveld e.a. (red.), *Systeem in ontwikkeling* (Knigge-bundel), Nijmegen: WLP 2005, p. 145-146.

25 Corstens 2005, p. 682.

dergaand te motiveren.²⁶ Deze zienswijze lijkt te worden bevestigd in r.o. 3.8.1, waarin de Hoge Raad met betrekking tot de omvang van de motiveringsplicht expliciet gewicht toekent aan 'de inhoud en indringendheid van de aangevoerde argumenten'.

3 Zo ruimhartig als de Hoge Raad is bij de uitleg van de reikwijdte van de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv, zo streng toont de Hoge Raad zich bij het stellen van eisen aan de uitdrukkelijke onderbouwing van standpunten. Het standpunt moet duidelijk zijn, met argumenten worden onderbouwd en zijn voorzien van een duidelijke conclusie (r.o. 3.7.2). Degene die het standpunt inneemt, is er ook voor verantwoordelijk dat het standpunt schriftelijk vast komt te liggen, bijvoorbeeld door het overhandigen van een op schrift gestelde versie van het pleidooi of het requisitoir.²⁷ Men mag er niet zonder meer op vertrouwen dat hetgeen ter terechtzitting wordt aangevoerd, door de griffier in alle nuances wordt vastgelegd in het proces-verbaal van de terechtzitting. Omdat de schriftelijke versie van het pleidooi of het requisitoir vooral in cassatie een belangrijk rol speelt, moet de daarin opgenomen tekst niet te welmier of oppervlakkig zijn.²⁸

Ook in eerdere rechtspraak kan worden gesignaleerd dat er zekere eisen worden gesteld aan de inkleding van verweren van de verdachte.²⁹ De Hoge Raad wijst zelf op de rechtspraak ter zake van verweren die verband houden met vormverzuimen in het voorbereidend onderzoek (art. 359a Sv). Die rechtspraak kan inderdaad als inspiratiebron fungeren voor de invulling van het vereiste van een uitdrukkelijke onderbouwing, maar er kunnen nog vele andere uitspraken worden genoemd.³⁰ Bij gebrek aan een andere invulling van het vereiste

van een uitdrukkelijke onderbouwing in de wet en wetsgeschiedenis, hoeft het geenszins verbazing te wekken – integendeel: het ligt eigenlijk voor de hand – dat de Hoge Raad voortbouwt op de reeds ontwikkelde normen.

De recente rechtspraak omtrent de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv maakt duidelijk wat er mis kan gaan met de inkleding van standpunten. In een reeks uitspraken waarin werd geklaagd over het ontbreken van een motivering op grond van de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv, overweegt de Hoge Raad dat hetgeen naar voren is gebracht door de feitenrechter niet als uitdrukkelijk onderbouwd standpunt had moeten worden aangemerkt.³¹ Het kernprobleem in deze zaken lijkt te zijn dat de raadsman wel een aantal omstandigheden naar voren haalt die twijfels oproepen – bijvoorbeeld over de toereikendheid van de door de officier van justitie aangedragen bewijsmiddelen – maar dat daaraan geen duidelijke conclusie wordt verbonden. Een dergelijke aanpak kan berusten op een bewuste keuze van de raadsman, maar het snijdt de weg af om nadien te klagen over het ongemotiveerd passeren van het verweer. Voorts heeft de Hoge Raad een reeks cassatieberoepen afgewezen omdat in het middel in algemene zin werd geklaagd over het niet voldoende responderen op 'de verweren', zonder dat werd gespecificeerd welke uitdrukkelijk onderbouwde standpunten door de rechter ongemotiveerd zouden zijn gepasseerd.³²

Ook al is de Hoge Raad consequent in het stellen van hoge eisen aan de inkleding van ter terechtzitting ingenomen standpunten, dat betekent niet dat kritiek niet mogelijk is. In de literatuur wordt naar voren gebracht dat het stellen van hoge eisen aan (onder andere) de inkleding van verweren het goed presteren van advocaten veronderstelt,³³ terwijl onvoldoende structurele garanties

26 Iets soortgelijks kan ook gelden in de verhouding tot art. 358 lid 3 Sv. Verweren die wel uitdrukkelijk zijn voorgedragen, maar zich niet laten kwalificeren als uitdrukkelijk onderbouwd standpunt, mogen dan met een betrekkelijk summiere motivering (gebaseerd op de eerste volzin van art. 359 lid 2 Sv) worden verworpen, terwijl de verwerping van verweren die wel als uitdrukkelijk onderbouwd standpunt hebben te gelden, een meer omvattende motivering verlangt. Vgl. ook Fokkens 2005, p. 146, A-G Knigge in zijn conclusie voor de hier besproken uitspraak, onder 48, en M. Kessler in zijn noot onder de hier besproken uitspraak in *JIN* 2006, 260, onder 4. Enigzins anders: Y. Buruma in zijn noot onder deze uitspraak in *NJ* 2006, 393.

27 Zie ook HR 27 juni 2006, LJN: AW2473. Dat doet er echter geen afbreuk aan dat het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt ter terechtzitting moet worden voorgedragen. Vgl. HR 8 november 2005, *NJ* 2006, 82, m.nt. J.M. Reijntjes. Het gaat dus om de schriftelijke vastlegging van hetgeen ter zitting is voorgedragen.

28 Zie voor voorbeelden hoe het *niet* moet: HR 28 februari 2006, LJN: AU9426, en HR 6 juni 2006, *NJ* 2006, 330.

29 Over standpunten van het Openbaar Ministerie heeft de Hoge Raad zich niet eerder uitgelaten, omdat tot de introductie van

de tweede volzin van art. 359 lid 2 Sv ten aanzien van dergelijke standpunten geen responsieplicht bestond (al zou men tot op zekere hoogte het oude art. 359 lid 7 Sv als zodanig kunnen duiden).

30 Vgl. nader M.J. Borgers & E.G.H. Kristen, 'Verweren en responderen', *DD* 2005, p. 568-588, en Fokkens 2005, p. 142-144.

31 HR 18 april 2006, LJN: AV2377, HR 18 april 2006, LJN: AV2378, *NJ* 2006, 394, HR 18 april 2006, LJN: AV2824, HR 16 mei 2006, LJN: AU8266, HR 16 mei 2006, LJN: AV1581, HR 6 juni 2006, *NJ* 2006, 330, en HR 4 juli 2007, LJN: AW2476, *NJ* 2006, 386. Opmerking verdient dat in deze zaken de conclusie van de A-G veelal wel enige duidelijkheid biedt waarom het betreffende verweer is verworpen.

32 HR 18 april 2006, LJN: AU8913, HR 18 april 2006, LJN: AU8914, *NJ* 2006, 395, HR 18 april 2006, LJN: AU8915, HR 16 mei 2006, LJN: AU8917, en HR 16 mei 2006, LJN: AU8920.

33 Vgl. T. Spronken, *Verdediging*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 146-150, en A.A. Franken, *Voor de vorm*, Den Haag: Bju 2004, p. 30-34, 41-43.

bestaan dat die kwaliteit ook daadwerkelijk aanwezig is.³⁴ Als dat zo is, zou ik daar niet de consequentie aan willen verbinden dat er minder hoge eisen aan de inkleding van de standpunten van de verdediging moeten worden gesteld. Het ligt veel eerder voor de hand dat de advocatuur in de rechtspraak van de Hoge Raad aanleiding ziet om de kwaliteitseisen binnen de eigen beroepsgroep te bewaken en zo nodig aan te scherpen.³⁵ Bovendien gaat het hier om eisen waar de rechter de verdediging aan mag houden, maar hij hoeft dat niet altijd te doen. Vanuit zijn eigen verantwoordelijkheid behoort de rechter, indien daartoe in het concrete geval aanleiding bestaat, ook aan ondeugdelijke ingeklede verweren aandacht te besteden. Van de rechter mag dan echter niet worden verlangd dat hij daarvan ook blijk geeft in de uitspraak door middel van een afzonderlijke overweging.³⁶ Wat ik wel als een gemis beschouw, is dat de Hoge Raad niet als relevant gezichtspunt betreft *of* de verdachte door een raadsman wordt bijgestaan. Indien dat niet het geval is, is het naar mijn mening onredelijk om onverkort de gestelde vereisten op de inkleding van de standpunten van de verdachte toe te passen. De rechter zou in dat geval compenserend moeten optreden door de verdachte te helpen zijn standpunten nader te duiden en die welwillend te interpreteren.³⁷

4 De tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv schrijft voor dat de rechter in het bijzonder de redenen opgeeft die hebben geleid tot de afwijking van het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt. Het gaat daarbij, zo overweegt de Hoge Raad in r.o. 3.8.2, om een beargumenteerde weerlegging van dat standpunt. Waaruit deze argumentatie vervolgens moet bestaan, geeft de Hoge Raad niet aan. Dat is begrijpelijk, omdat hetgeen ter onderbouwing van het standpunt naar voren wordt gebracht, bepalend is voor wat er – in het licht van het dossier, het onderzoek ter terechtzitting en de gedachtewisseling die tijdens de terechtzitting over het naar voren gebrachte standpunt heeft plaatsgevonden – tegenin kan worden gebracht. Een strakke reglementering van de invulling van de motive-

ringsplicht – bijvoorbeeld door het verschaffen van een catalogus van gezichtspunten – zou alleen maar het risico vergroten dat de rechter zijn toevlucht zoekt in daarop toegesneden standaardoverwegingen.³⁸ Bovendien geldt dat het ene standpunt makkelijker en duidelijker is te weerleggen dan het andere. Het oordeel van de rechter dat – anders dan door de verdediging wordt gesteld – een bepaalde getuige wel geloofwaardig is, zal soms tamelijk specifiek kunnen worden toegelicht met een verwijzing naar andere bewijsmiddelen, maar soms ook sterk afhangen van het ‘gevoel’ van de rechter omtrent de geloofwaardigheid. In het laatste geval zal de motivering niet veel meer kunnen omvatten dan de constatering dat de rechter de getuige wel geloofwaardig acht. De mate van rationaliteit van het rechterlijk oordeel bepaalt in dat opzicht de mate waarin dat oordeel kan worden gemotiveerd.³⁹

Wat opvalt aan de overwegingen van de Hoge Raad met betrekking tot de omvang van de motiveringsplicht, is dat de Hoge Raad na de vaststelling dat van de rechter een beargumenteerde weerlegging van het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt wordt verlangd, vervolgens alleen nog maar beperkingen van en uitzonderingen op deze motiveringsplicht noemt. Samengevat komen die op het volgende neer. De responsieplicht van de rechter geldt alleen indien er wezenlijk wordt afgeweken van een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt, waarbij de omvang van de motiveringsplicht mede wordt bepaald door de inhoud en indringendheid van de aangevoerde argumenten en de motivering alleen betrekking hoeft te hebben op de hoofdlijnen van het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt en (r.o. 3.8.1 en 3.8.4). Daarnaast leidt het achterwege laten van een (afzonderlijke) respons op het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt pas tot cassatie indien de motivering van de uitspraak als geheel – met inbegrip van de gebezigde bewijsmiddelen – onvoldoende duidelijk maakt waarom dat standpunt niet is gevolgd (r.o. 3.8.2). Het ontbreken van een nadere uitleg moet, anders gezegd, de uitspraak onbegrijpelijk maken.⁴⁰

De recente rechtspraak over de tweede volzin

34 Zie daarover D.V.A. Brouwer, ‘Privatisering van de rechtsbescherming en “ineffective counsel”’, in: A. Harteveld e.a. (red.), *Systeem in ontwikkeling* (Knigge-bundel), Nijmegen: WLP 2005, p. 39-70.

35 Vgl. in dit verband ook de suggesties die door advocaten zelf worden gedaan ter invulling van de eis van een uitdrukkelijke onderbouwing. Zie G. van Oosten & R. Takens, ‘Voeren van betrouwbaarheidsverweer wordt dankbaar werk’, *Adv.bl.* 2005, p. 674-677.

36 Zou men dat wel verlangen, dan moet de rechter zijn toevlucht nemen tot overwegingen in de trant van ‘Voor zover bedoeld is te betogen dat ...’. Het is maar de vraag of dergelijke overwegingen de leesbaarheid en de overtuigingskracht van de uitspraak ten goede komen.

37 Vgl. ook P.C. Vegter, ‘Strafprocessen niet of nauwelijks te vol-

gen? Iets over eisen aan de motivering van het strafvonnis in het bijzonder in verband met uitdrukkelijk onderbouwde standpunten’, in: A.H.E.C. Jordaans e.a. (red.), *Praktisch strafrecht* (Reijntjes-bundel), Nijmegen: WLP 2005, p. 583.

38 Vgl. over dat risico W. Dreissen, ‘Het wetsvoorstel “Motivering van de bewezenverklaring bij een bekende verdachte”’, *DD* 2004, p. 808, Vegter 2005, p. 582, en Fokkens 2005, p. 148.

39 Er valt natuurlijk nog veel meer te zeggen over de (nadere) invulling van de motiveringsplicht. Zie daarvoor de conclusie van A-G Knigge voor de hier besproken uitspraak, onder 59-65.

40 Aldus ook A-G Knigge in zijn conclusie voor de hier besproken uitspraak, onder 47, 49, A-G Vellinga in zijn conclusie voor HR 18 april 2006, LJN: AV2378, *NJ* 2006, 394, onder 13, en A-G Machiels in zijn conclusie voor HR 16 mei 2006, LJN: AU8266, onder 8.3. Vgl. voorts Buruma 2005, p. 84.

van artikel 359 lid 2 Sv onderstreept dat de Hoge Raad (zeer) terughoudend is in het aannemen van een schending van dit voorschrift door de rechter.⁴¹ Ik geef twee voorbeelden. Ten eerste, de Hoge Raad laat als relevant gezichtspunt voor het al dan niet aannemen van een responsieplicht op grond van de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv meewegen of de aan het standpunt ten grondslag liggende opvatting steun vindt in het recht.⁴² Dat heeft iets merkwaardigs. Het feit dat het standpunt op een onjuiste interpretatie van het recht is gebaseerd, geeft naar mijn mening niet zozeer aanleiding tot het niet-aannemen van een motiveringsplicht, maar kleurt veeleer de invulling van die motiveringsplicht. De voor de hand liggende motivering is immers dat het standpunt op een juridisch onjuiste stelling rust. Die motivering mag naar mijn mening ook van de rechter worden verlangd. Daarmee is niet gezegd dat schending van die motiveringsplicht ook altijd tot vernietiging en verwijzing zou moeten leiden, maar dat is iets anders dan het al dan niet aannemen van een responsieplicht. De Hoge Raad legt de lat wat dat betreft wel erg hoog.⁴³ Ten tweede, de Hoge Raad heeft altijd beklemtoond dat de feitenrechter een grote vrijheid heeft in de selectie en waardering van het beschikbare bewijsmateriaal en dat die selectie en waardering – behoudens uitzonderingsgevallen – geen motivering behoeft.⁴⁴ De tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv laat die vrijheid in stand,⁴⁵ maar vergt wel dat de verwerping van een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt dat is toegesneden op de selectie en waardering, wordt gemotiveerd. Tegen deze achtergrond springt in het oog dat volgens de Hoge Raad de nadere motivering, waartoe de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv noopt, reeds besloten kan liggen in de gebezigde bewijsmiddelen.⁴⁶ Dat betekent eigenlijk dat, waar voorheen dan gold dat de selectie en waardering geen motivering behoeft, thans die selectie en waardering als motivering kan gelden, zonder dat daarbij nog een nadere toelichting wordt gegeven. Dat zal niet in elke zaak mogelijk zijn, omdat de omvang van de

motiveringsplicht mede afhankelijk is van de inhoud en indringendheid van de aangevoerde argumenten en de inhoud van de bewijsmiddelen. Duidelijk is echter dat de Hoge Raad in sommige gevallen genoeg neemt met een minimale invulling van de responsieplicht.

De overwegingen van de Hoge Raad omtrent de omvang van de motiveringsplicht ademen een sfeer uit van het ontmoedigen van het instellen van cassatieberoep op grond van motiveringsklachten in zaken waarin aan de uitspraak van de feitenrechter geen fundamentele gebreken kleven.⁴⁷ Ontbreken dergelijke gebreken, dan is de enige winst van het instellen van cassatieberoep dat de Hoge Raad summier aanduidt waarom de rechter het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt heeft kunnen passeren. Dat verschaft dan alsnog enige uitleg. De hier geschetste koers van de Hoge Raad kan ik begrijpen vanuit de mogelijke – en wat mij betreft ook niet geheel onterechte – vrees dat de introductie van het motiveringsvoorschrift van de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv tot een stroom aan cassatieberoepen zal leiden. Ook mag niet uit het oog worden verloren dat het vernietigen van een uitspraak met de uitsluitende bedoeling om een beter gemotiveerde uitspraak terug te krijgen, de procedure doet voortduren en dus beslag legt op de beschikbare middelen.⁴⁸ Vanuit een ander gezichtspunt valt er op het arrest van de Hoge Raad wel wat af te dingen. In de benadering van de Hoge Raad ligt het accent sterk op de vraag of (een onderdeel van) de uitspraak in het licht van het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt onbegrijpelijk is. Maar het gaat dan wel, zo komt het mij voor, om de (on)begrijpelijkheid voor juristen, of wellicht nog smaller: goed in het straf(proces) recht ingevoerde juristen. Aldus komt vooral de explicatiefunctie van motivering onder spanning te staan. Het komt de functie van het verschaffen van uitleg aan de verdachte en de maatschappij bepaald niet ten goede, indien de verdachte – al dan niet met inschakeling van zijn raadsman – of een andere belangstellende die uitleg uit de bewijsmiddelen

41 Zie echter ook HR 16 mei 2005, LJN: AV2368.

42 Zie r.o. 4.6 van de hier besproken zaak; alsmede HR 13 juni 2006, *NJ* 2006, 345.

43 Bovendien rijst de vraag of de Hoge Raad eigenlijk niet een stap terugzet ten opzichte van het oude recht, waarin voor de verwerping van elke verweer met de strekking van een kwalificatieverweer een responsieplicht leek te gelden. Zie hierover uitvoerig de conclusie van A-G Knigge voor de hier besproken uitspraak, onder 70-73. Vgl. ook de noot van Y. Buruma in *NJ* 2006, 393.

44 Zie bijvoorbeeld HR 26 oktober 2004, *NJ* 2004, 690. Vgl. ook J.D. den Hartog, 'De selectie en waardering van bewijsmateriaal', in: A. Harteveld e.a. (red.), *Systeem in ontwikkeling* (Knigge-bundel), Nijmegen: WLP 2005, p. 217-230.

45 Aldus expliciet r.o. 3.8.1 van de hier besproken uitspraak, en voorts HR 4 juli 2006, LJN: AW2476. *NJ* 2006, 386.

46 Zie r.o. 3.8.2, onder (i), van de hier besproken uitspraak, en

voorts HR 30 mei 2006, LJN: AV6203, alsmede HR 6 juni 2006, LJN: AW2475.

47 Vgl. in dit verband de conclusie van A-G Jörg voor HR 25 januari 2005, LJN: AR7190, waarin hij signaleert dat '[I]n de rechtspraak van de Hoge Raad van de afgelopen jaren als trend [is] te ontwaren dat in cassatie ontkende fouten van de feitenrechter (...) geen aanleiding geven tot een nieuwe feitelijke behandeling. Allerlei steken die de feitenrechter laat vallen worden door de Hoge Raad hersteld of zodanig beschouwd dat zij niet tot cassatie behoeven te leiden.' Deze conclusie is bediscussieerd in *NJB* 2005, p. 893-897.

48 Al kan natuurlijk niet worden uitgesloten dat die motivering de rechter alsnog op het spoor zet van eventuele gebreken in zijn gedachtegang (de zogeheten inscherpingsfunctie). De Hoge Raad heeft uiteraard ook oog voor dergelijke gebreken, maar kan deze controle niet op dezelfde wijze uitvoeren als de rechter die de zaak feitelijk heeft behandeld.

moet afleiden, of indien de verdachte cassatie moet instellen om te vernemen waar de motivering van de feitenrechter in besloten ligt. Vanuit dit perspectief is het ook niet gelukkig te noemen dat de respons op een (uitdrukkelijk onderbouwd) standpunt dat betrekking heeft op de bewijsbeslissing pas bij de uitwerking van de bewijsmiddelen, na het instellen van een rechtsmiddel, hoeft te worden opgenomen (r.o. 3.8.3).⁴⁹

Met deze kritiek pleit ik niet voor een radicale ommezwaai in de toepassing van de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv door de Hoge Raad, maar de Hoge Raad zou zich wel iets minder terughoudend mogen opstellen. In het oog moet worden gehouden dat het niet alleen gaat om het controleren van de toereikendheid en begrijpelijkheid van de motivering van de uitspraak van de feitenrechter, maar ook om het stimuleren van de feitenrechter om voldoende aandacht te schenken aan het verschaffen van uitleg aan de procesdeelnemers en het publiek.⁵⁰ De Hoge Raad onderstreept zelf het be-

lang van al deze functies, en dus ook van de explicatiefunctie (zie onder 1). Dat vergt dat de Hoge Raad de feitenrechter scherp houdt. A-G Knigge pleit in dit verband voor 'flankerend beleid', waarbij de Hoge Raad '(...) in voorkomende gevallen waarin nog net niet van een schending van artikel 359 lid 2 Sv sprake is, [aangeeft] dat een respons of een nadere explicatie wél wenselijk zou zijn geweest.'⁵¹ Dit voorstel onderschrijf ik, omdat dergelijk flankerend beleid voorkomt dat betrekkelijk onschuldige omissies van de feitenrechter worden afgestraft met een verwijzing van de zaak (met alle praktische consequenties van dien), zonder dat het belang van een goede motivering dreigt te worden gebagatelliseerd. Of de Hoge Raad de suggestie van A-G Knigge wil volgen, moet worden afgewacht. De rechtspraak van de Hoge Raad geeft daarvan vooralsnog geen blijk, maar dat kan ermee verband houden dat zich nog geen geschikte zaak heeft voorgedaan waarin de door Knigge voorgestelde overweging passend zou zijn geweest. ✎

49 Vgl. ook de kritiek van Y. Buruma in zijn noot onder de hier besproken uitspraak in *NJ* 2006, 393. Overigens ligt deze overweging van de Hoge Raad wel in lijn met eerdere rechtspraak, waar de Hoge Raad ook naar verwijst.

50 Die stimulans moet overigens niet alleen van de zijde van de Hoge Raad komen. Het zogeheten PROMIS-project heeft laten zien dat de feitenrechter prima in staat is om tot een betere, uit-

gebreidere motivering van bewijs- en sanctiebeslissingen te komen, mits daartoe extra inzet van mensen en middelen mogelijk wordt gemaakt. Het is de politiek die de benodigde financiële middelen moet verschaffen. Zie *Eindrapport Pilot Promis*, 26 mei 2005, raadpleegbaar op www.rechtspraak.nl, en voorts Buruma 2005, p. 79-82.

51 Zie diens conclusie voor de hier besproken uitspraak, onder 58.